This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

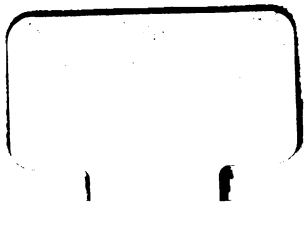
LAW LIBRARY
056 928 567

UNGER

UEBER DIE WISSENSCHAFTLICHE BEHANDLUNG DES OSTERREICHISCHEN GEMEINEN PRIVATRECHTS

1853

HARVARD
LAW
LIBRARY



743

Ueber

die wissenschaftliche Behandlung

des

österreichischen

gemeinen Privatrechts.

Eine Antrittsrede

gehalten an der Prager Hochschule den 8. October 1853

von

Joseph Unger,

Dr. der Philosophie und der Rechte, k. k. a. o. Professor der Rechte an der Universität zu Prag.

Wien, 1853.

Verlag von Friedrich Manz.

In gleichem Verlage ist erschienen:

Der Entwurf

eines

bürgerlichen Gesetzbuches

für das Königreich Sachsen,

mit besonderer Rücksicht

auf das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch,

besprochen von

Dr. Joseph Unger.

Allgemeiner Theil — Dingliches Sachenrecht.

gr. 8. brosch. Preis 2 fl. 24 kr. od. 1 Thlr. 18 Ngr.

Die Ehe

in ihrer

welthistorischen Entwicklung.

Ein

Beitrag zur Philosophie

der Geschichte

von

Dr. Joseph Unger.

gr. 8. broschirt Preis 1 fl. 30 kr. oder 1 Thlr.

Ueber

die wissenschaftliche Behandlung

des

österreichischen

gemeinen Privatrechts.

Eine Antrittsrede

gehalten an der Prager Hochschule den 8. October 1853

von

Joseph Unger,

Dr. der Philosophie und der Rechte, k. k. a. o. Professor der Rechte an der Universität zu Prag.

Wien, 1853.

Verlag von Friedrich Manz.

Rastlos vorwärts mußt du streben,
Nie ermüdet stille steh'n,
Willst du die Vollendung seh'n;
Mußt in's Breite dich entfalten,
Soll sich dir die Welt gestalten;
In die Tiefe mußt du steigen,
Soll sich dir das Wesen zeigen.

Schiller.

MAY 12 1921

Vorwort.

Einem mehrseitig ausgesprochenen Wunsche und insbesondere dem lebhaft gefühlten Bedürfniß entsprechend, mich über die mir gestellte Aufgabe klar auszusprechen und über die streng gezogenen Grenzen, innerhalb deren zu wirken ich mich bestreben werde, keinen Zweifel zu lassen, habe ich die folgenden Blätter dem Druck übergeben. Ich habe in Anmerkungen dasjenige aufgenommen, was mir dazu geeignet schien, das im Text Gesagte zu unterstützen. Auch habe ich jenen Theil der Rede mit abdrucken lassen, welchen ich aus Mangel an Zeit nicht lesen konnte. — Favete linguis!

Prag, den 10. Oktober 1853.

Unger.

Meine Herren!

Indem ich dieses Katheder besteige, um von ihm herab meine Vorlesungen über das österreichische Privatrecht zu eröffnen, bin ich von einem Gefühle ängstlicher Beklommenheit nicht frei. Es sind Gründe, die theils in persönlichen Verhältnissen, theils in der Schwierigkeit des zu behandelnden Gegenstandes liegen, welche dieses Gefühl der Bangigkeit in mir hervorrufen. Es geschieht zum erstenmale, daß ich überhaupt das Katheder betrete, um als Lehrer zu Lernenden, als Vortragender zu Hörern zu sprechen. Es geschieht dieß an einer Hochschule, welche die erste und ehrwürdigste in Deutschland bereits mehr als 500 Jahre hat vorüberziehen gesehen, seit Carl IV. die berühmte goldene Bulle gab, die sie in's Leben rief [1]), und welche in diesem langen Bestande trotz alles Wechsels ihrer innern Einrichtungen bis auf den heutigen Tag herauf den Ruhm bewahrt hat, daß ihre Glieder vom Geiste der echten Wissenschaftlichkeit durchdrungen, ihre edelsten Kräfte und ihre besten Bemühungen an die Erforschung und Erkenntniß der Wahrheit setzen. Ueberdieß ist das Fach, welches zu lehren ich die Aufgabe habe, nicht bloß in der Gegenwart bereits auf tüchtige Weise vertreten, sondern es hatte sich auch in der Vergangenheit stets der Pflege vortrefflicher Männer zu erfreuen, deren Erinnerung in der österreichischen Juristenwelt immer lebendig fortleben wird. Insbesondere gedenke ich am heutigen Tage eines durch Characterstärke und durch den glühendsten Eifer für die Hebung der österreichischen Rechtswissenschaft ausgezeichneten Mannes, der Jahre lang an dieser Hochschule gelehrt und gewirkt hat, und dessen Grundansicht von der Aufgabe und der Bedeutung einer Theorie des österreichischen Privatrechtes

1) Tomek, Geschichte der Prager Universität. 1848. S. 2.

ich mit meiner besten Einsicht theile, so sehr und so oft ich auch in einzelnen Lehren und deren Begründung von dessen Meinung abzugehen genöthigt bin. Ich spreche von Michael Schuster, auf dessen Aussprüche ich mich im Laufe des heutigen Vortrages öfters berufen werde. Den Schwierigkeiten gegenüber, welche in diesen persönlichen Verhältnissen liegen, muß ich Sie, meine Herren, um Ihre freundliche Nachsicht bitten. Es gehört eine nur im Laufe der Zeit erwerbbare Erfahrung dazu, in den Vorträgen das gehörige Maaß zu treffen, seine Zuhörer weder mit einem allzureichen, und mannigfaltig ausgeschmückten Stoffe zu überladen, noch andererseits ihre Auffassungsfähigkeit zu unterschätzen und ihnen weniger zu bieten, als sie zu fassen vermögen. Es soll mir nicht an der aufrichtigsten Bestrebung fehlen, in möglichst kurzer Zeit dieses richtige Verhältniß herzustellen.

Ich kenne für jeden Lehrer nur Ein Motto: es ist die Reimform: Wahrheit und Klarheit. Der Lehrer soll das, was er als das Wahre erkannt hat, klar darstellen. Ein berühmter französischer Philosoph hat gesagt: Tout ce qui n'est pas clair n'est pas français. Ich glaube man kann richtiger sagen: Alles, was man Andern nicht klar darzustellen vermag, hat man selbst nicht klar begriffen. Mephistopheles sagt zwar in seiner berühmten Unterredung mit dem sich Raths erholenden Schüler: „Wo Begriffe fehlen, da stellt ein Wort zur rechten Zeit sich ein." Es ist aber eben Junker Satan, der diesen Ausspruch thut. Dieses Wort, welches sich zwar zur rechten Zeit einstellt, ist nicht das rechte Wort. Dieses, das rechte Wort stellt sich nur da ein, wo der rechte Begriff gefunden ist. Als Sokrates gefragt wurde, woher er seine klare faßliche Darstellungsweise schöpfe, und wie es anzustellen sei, um gleich ihm sich so allgemein verständlich ausdrücken zu können, antwortete er: Omnes id bene dicere, quod bene scirent. So liegt daher in dem mündlichen Vortrage eine lebendige Probe für den Grad der eigenen Ausbildung und Kenntniß, und zugleich die lebhafteste Aufforderung, wahrgenommene Lücken auszufüllen und Begriffe, welche sich als schwankend erwiesen haben, zu befestigen. Docendo discimus. Ich werde bestrebt sein, nach besten Kräften diesen Satz für mich in Erfüllung zu bringen, dessen Vortheile auch Ihnen, meine Herren, mittelbar zu Gute kommen werden. — Ich will es versuchen, Ihnen dasjenige klar darzustellen, was ich als das Wahre erkannt habe. Um aber das Wahre zu erkennen und das als wahr Erkannte darzustellen, will ich es bescheiden versuchen einen andern Weg zu gehen, als jenen, welcher bei uns bisher gewöhnlich eingeschlagen wurde. Ueber diesen Punkt muß ich mich hier näher aus-

sprechen, weil er die Stellung bezeichnet, welche ich mit meinen Vorträgen einnehmen will und weil er die Erklärung und Rechtfertigung dafür enthält, daß ich meine Vorlesungen angekündigt habe, als: Vorlesungen über das österreichische Privatrecht in systematischer Darstellung und in Vergleichung mit dem römischen, dem älteren österreichischen Rechte und den Gesetzgebungen des Auslandes.

Ueberall, wo es ein gesetzliches Recht, das heißt im Gegensatze zum Gewohnheitsrecht, ein von der höchsten Gewalt im Staate gegebenes Gesetz in schriftlicher Abfassung gibt, wird die Thätigkeit Jener, welche mit der theoretischen Auffassung und Darstellung oder mit der praktischen Anwendung desselben beschäftiget sind, dahin gehen, die Aechtheit des Gesetzestextes festzustellen, und aus der für ächt erkannten Urkunde den Willen des Gesetzgebers mit Hülfe der Regeln der Grammatik und der angewandten Logik zu erforschen. Die erstere Thätigkeit heißt Kritik, die letztere Exegese. Bei modernen Gesetzbüchern kann das Geschäft der Kritik nur ein geringes, unbedeutendes sein. Darüber, daß das Gesetzbuch selbst eine ächte Urkunde sei, kann kein Zweifel obwalten: dieser kann sich nur auf einzelne Sätze und Ausdrücke beziehen, bei welchen ein Schreib- oder Druckfehler sich eingeschlichen haben mag [1]). In letzterer Beziehung war die Kritik auch beim österreichischen Gesetzbuche thätig [2]). Um so größer ist dagegen das Geschäft des Exegeten. Der Exeget schreitet von einer gesetzlichen Verfügung, von einem Gesetzesparagraphen zum andern fort, und sucht den Sinn des-

---

1) Dieser Zweig der Kritik wird von Manchen (Falck jurist. Encyclop. 5. Ausg. 1851 S. 148, Wächter Handb. des würtemb. Privatr. II. §. 26) die niedere, von Savigny dagegen (System I. S. 242) die höhere Kritik genannt. Beispiele merkwürdiger Druckfehler bei Falck a. a. O. N. 34. Ein Druckfehler im preuß. Landr. II 8. §. 2429. Beneke System der Assekuranzen IV. S. 498. Einen anderen merkwürdigen Druckfehler erwähnt Savigny a a. O. S. 246. Bangerow (Leitfad. I. S. 34) meint daher mit Unrecht, daß die Kritik bei einer authentischen Gesetzesurkunde ganz ausgeschlossen sei.

2) So hieß es im §. 591 der ersten Ausgabe in gr. 8. „Jünglinge und Frauenspersonen unter 18 Jahren" statt „Frauenspersonen und Jünglinge unter 18 Jahren." Dieser Fehler wurde in der zweiten Ausgabe in gr. 8. corrigirt. So steht in den frühern Ausgaben im §. 163 „sieben" statt „sechs": dieser Fehler wurde in dem Abdruck des Gesetzb. in der J. G. S. berichtigt und auf diesen Abdruck verweist auch das Hofdecret v. 5. April 1822. In der ämtl. Ausgabe für Ungarn ist dieser Fehler beseitigt.

ſelben dadurch zu gewinnen, daß er die eigenthümliche Bedeutung der Worte in ihrem Zuſammenhang erforſcht und auf alle aus der bezüglichen Geſetzesſtelle ſich ergebenden Umſtände achtet, welche auf den Willen des Geſetzgebers einen Einfluß haben konnten, woraus alſo mit Anwendung der Regeln der Logik auf den Willen, auf die klare Abſicht des Geſetzgebers geſchloſſen werden kann. Der gewonnene Sinn wird mit Worten, welche von denen der Geſetzesſtelle verſchieden ſind, dargeſtellt, die Abſicht des Geſetzgebers hervorgehoben und durch practiſche Beiſpiele die nothwendige Erläuterung verſchafft. Bei dieſer Methode wird daher nach der Weiſe des Geſetzbuches Schritt für Schritt fortgegangen, jeder Paragraph ſeinem ganzen Umfange nach erklärt und in der Regel nur dasjenige geſagt, was unmittelbar dahin gehört [1]). Dieſe Methode eignet ſich insbeſondere dazu, ſchnell mit einem erſt bekannt gewordenen oder eben erſt erſchienenen Geſetzeswerke vertraut zu werden, und dasſelbe für die Erforderniſſe der täglichen Praxis zurecht zu legen. Wir treffen dieſe Methode daher überall, wo jene thatſächlichen Bedingungen gegeben ſind. So war die Thätigkeit jener Männer beſchaffen, welche ſich im zwölften Jahrhundert mit dem wiederaufgenommenen Studium des römiſchen Rechts beſchäftigten, und dieſelbe gloſſatoriſche Thätigkeit treffen wir unmittelbar nach der Entſtehung der neuen Geſetzbücher bei den preußiſchen, franzöſiſchen und öſterreichiſchen Juriſten.

Dieſe exegetiſche Methode vermag jedoch für ſich allein den Anforderungen der Wiſſenſchaft auf die Dauer nicht zu genügen. Ja, ſie drängt aus ſich ſelber zur Verbindung mit einer andern Methode heraus. Bei der Interpretation des einzelnen Paragraphen merkt man bald, daß, um den Sinn einer in Frage ſtehenden geſetzlichen Beſtimmung nach allen Seiten hin zu verſtehen, noch andere Paragraphe, welche von derſelben oder einer verwandten Materie handeln, zu Hilfe genommen werden müſſen, ſei es nun, um die Beſtimmung zu ergänzen oder ſie durch Abgrenzung von verwandten Normirungen zu deſto klarerer Auffaſſung zu erheben. Man ſchreitet nunmehr dazu, die Parallelſtellen aufzufinden und verwandte Paragraphe gemeinſchaftlich zu behandeln. So handeln, um ein Beiſpiel zu gebrauchen, welches Schuſter in ſeiner Einleitung zum Baurecht aufſtellt, 55 Paragraphe des öſterreichiſchen Geſetzbuches vom Zufall. Will man daher einen einzelnen Paragraph verſtehen, welcher über eine Frage entſcheidet, in welcher der

---

[1]) Vergl. Schuſter's Theoretiſch-practiſchen Commentar über das allgem. b ürgerl. Geſetzbuch, Thl. I. S. XVIII.

Zufall zu einer rechtlichen Bedeutung gelangt, so muß er mit den übrigen 54 §§. im Zusammenhang gebracht werden. Indem man dies thut, hat man sich unbewußt auf eine höhere Stufe erhoben, nämlich auf die der systematischen Methode. Ich muß mich hierüber näher erklären, da ich eben diese systematische Methode bei meinen Vorträgen anwenden will.

Jedes positive bürgerliche Recht besteht aus Rechtsinstituten und Rechtsregeln. Die Rechtsregeln werden angewendet bei der Beurtheilung der zwischen bestimmten Menschen bestehenden Rechtsverhältnisse, welche sie bestimmen und beherrschen. Unter Rechtsverhältnissen aber versteht man die rechtlichen Beziehungen, in welchen Menschen zu einander stehen [1]). So z. B. steht der Schuldner aus einem Darleihen zu seinem Gläubiger in einem Rechtsverhältnisse. Soll über dieses Rechtsverhältniß geurtheilt werden, so müssen eine oder mehrere Rechtsregeln darauf angewendet werden, so z. B. die Rechtsregel, daß der Darlehensvertrag erst dann geschlossen ist, wenn der darzuleihende Gegenstand hingegeben wurde.

Die einzelnen Rechtsregeln, welche die Rechtsverhältnisse bestimmen, stehen untereinander ebenso in einem innern Zusammenhang, wie diese Rechtsverhältnisse selbst. Denn „die Rechtssätze, die das Recht eines Volkes bilden, sammeln sich in gewissen Massen, nach den Verhältnissen, die sie bestimmen, und solche Massen von Rechtssätzen heißen Rechtsinstitute" [2]). So z. B. bilden alle Rechtsregeln, durch welche die rechtlichen Beziehungen zwischen Ehegatten bestimmt werden, das Rechtsinstitut der Ehe. „Es hat daher die einzelne Rechtsregel ihre tiefere Grundlage in der Anschauung des Rechtsinstitutes, und wenn wir nicht bei der unmittelbaren Erscheinung stehen bleiben, sondern auf das Wesen der Sache eingehen, so erkennen wir, daß in der That jedes Rechtsverhältniß unter einem entsprechenden Rechtsinstitute als seinem Typus steht und von diesem auf gleiche Weise beherrscht wird, wie das einzelne Rechtsurtheil von der Rechtsregel" [3]). Rechtsinstitute sind, wie Böcking sagt [4]), das mit dem ganzen Volksleben im Zusammenhang stehende Allgemeine der besonders gestalteten Arten von Verhältnissen der Rechtssubjecte zu einander und zu den Rechtsobjecten. Sie sind,

---

1) Puchta Cursus der Institut. Bd. I. §. 21.
2) Puchta a. a. O. §. 6.
3) Savigny System Bd I. §. 5.
4) Institutionen, Bd. I. §. 29 Note 1.

wie Gaupp sagt [1]), die allgemeinen Typen, die Grundformen für die rechtlichen Gedanken, welche im Bewußtsein des Volkes leben. Ist nun das Rechtsinstitut die tiefere Grundlage der Rechtsregel und die allgemeine Grundform der Rechtsgedanken, so muß man, um den einzelnen Rechtssatz zu verstehen, von der Anschauung des ganzen Rechtsinstitutes ausgehen. Zu dieser Anschauung gelangt man aber wieder nur durch wissenschaftliche Zusammenfassung aller besonderen Rechtsregeln, welche dasselbe in der Abstraction darstellen. Man muß somit vom Besondern zum Allgemeinen aufsteigen, und von diesem wieder zum Einzelnen herabgehen. Da also, wo ein gesetzliches Recht in schriftlicher Aufzeichnung vorhanden ist, wird die Aufgabe dahin gehen, sich durch die Betrachtung der verschiedenen zusammengehörigen Gesetzesstellen zu einer klaren Anschauung des Rechtsinstitutes zu erheben, wie es dem Gesetzgeber vor Augen stand. Denn das einzelne Gesetz ist nichts Anderes, als der Ausspruch der höchsten Gewalt im Staate über die Rechtsregel [2]). Diese Rechtsregel selbst aber bildet der Gesetzgeber nur durch Abstraction aus dem ihm vorschwebenden Rechtsinstitute. So hatte z. B. der österreichische Gesetzgeber das Rechtsinstitut der monogamischen Ehe vor Augen und die einzelnen Paragraphe des Gesetzbuches vom Jahre 1811 sind die Rechtsregeln, welche er mit Hinblick auf das von ihm gewollte Rechtsinstitut aufgestellt hat. Die Aufgabe der wissenschaftlichen Thätigkeit muß daher dahin gehen, aus den einzelnen Paragraphen des Gesetzbuches jedes Rechtsinstitut nach allen seinen Seiten und Besonderheiten so zu reconstruiren, wie es vor den Augen des Gesetzgebers stand. Während daher der Gesetzgeber analytisch zu Werke geht, und aus der Idee des von ihm gewollten Rechtsinstituts heraus die einzelnen Begriffe und Sätze durch Abstraction gewinnt, muß umgekehrt der wissenschaftliche Jurist synthetisch verfahren, indem er durch die Zusammenstellung und organische Gruppirung der einzelnen Gesetzesstellen das Rechtsinstitut selbst wieder herstellt. Daher läßt sich die rein wissenschaftliche Thätigkeit gerade da am allerwenigsten entbehren, wo es förmliche Gesetzbücher gibt. Es leuchtet hieraus ein, wie widersinnig es war, wenn man glaubte, daß mit der Einführung neuer Gesetzbücher die wissenschaftliche Thätigkeit überflüssig geworden sei, und wie es einst Justinian that, wie es anfänglich in Preußen und

1) Ueber die Zukunft des deutschen Rechts: Eine germanistische Abhandlung. Breslau 1847. §. 3.

2) Savigny a. a. §. 5.

Baiern geschah, den Juristen die freie Behandlung des Gesetzbuches untersagen wollte. Denn gerade die Form, in welcher das Gesetzbuch auftritt, erhebt die wissenschaftliche Thätigkeit zur gebieterischen Nothwendigkeit. Ich erlaube mir die Worte Savigny's anzuführen: „Die Form des Gesetzes wird sowohl durch sein Hervorgehen aus der höchsten Gewalt, als durch die absolute Macht, womit es wirken soll, bestimmt. Jener Entstehung und dieser Wirkung kann Nichts angemessener sein, als die abstracte Form der Regel und des Gebots. Alles Andere, was damit verbunden werden könnte, Entwicklung, Darstellung, Einwirkung auf die Ueberzeugung, ist der Natur des Gesetzes fremd und gehört andern Sphären der Mittheilung an. Dadurch entsteht indeß ein Mißverhältniß zwischen dem Gesetz und dem Rechtsinstitut, dessen organische Natur in jener abstracten Form unmöglich erschöpft werden kann. Dennoch muß dem Gesetzgeber die vollständigste Anschauung des organischen Rechtsinstituts vorschweben, wenn das Gesetz seinem Zweck entsprechen soll, und er muß durch einen künstlichen Proceß aus dieser Totalanschauung die abstracte Vorschrift des Gesetzes bilden: ebenso muß derjenige, der das Gesetz anwenden soll, durch einen umgekehrten Proceß den organischen Zusammenhang hinzufügen, aus welchem das Gesetz gleichsam einen einzelnen Durchschnittt darstellt“ [1]). „Nur dem Juristenstand aber machen es die freien und mannigfaltigen Formen, in welchen er sich bewegen kann, möglich, die abstracte Regel des Gesetzes in dem lebendigen Zusammenhang mit dem Rechtsinstitute darzustellen, von dessen Anschauung allerdings auch das Gesetz ausgegangen ist, die aber nicht unmittelbar in demselben sichtbar wird“ [2]).

Bei der exegetischen Methode hält man sich stets an den einzelnen Paragraphen und bekommt daher nie etwas Ganzes, sondern stets nur Bruchtheile. Man hält sich lediglich an die Rechtsregeln, ohne sie zum Bilde des organischen Rechtsinstituts zu verweben. Es gilt von der exegetischen Methode, was der Dichter von der Chemie sagt: Sie hat die Theile in ihrer Hand, fehlt leider nur das geistige Band. Dieses geistige Band schlingt die systematische Methode um die auf exegetischem Wege gewonnenen Theile. Sie brauchen daher, meine Herren, nicht zu besorgen, daß bei den Vorträgen in systematischer Darstellung, welche ich angekündigt habe, Ihnen der Text des Gesetzes ferne gerückt werde — eine Besorgniß, welche man in dieser Beziehung öfters

1) a. a. O. Bd. I. S. 44.
2) a. a. O. S. 78.

äußern hört. Denn das Rechtsinstitut lernen wir erst aus den Rechtssätzen kennen: diese selbst aber sind eben in Form von Gesetzesparagraphen ausgedrückt. Nicht gegen die exegetische Methode, sondern gegen die Exclusivität und den Absolutismus derselben haben wir uns zu erklären. Ich kann es daher auch nur als einen halben Schritt ansehen, wenn man zu den einzelnen Paragraphen die Parallelparagraphe hinzudrucken läßt, oder selbst bei der Erörterung derselben auf Aehnlichkeiten und Unterschiede hinweist. Die ganze Lehre als solche muß dargestellt werden. So z. B. die ganze Lehre vom Zufall, von den Bedingungen, von der Zeit. Erst indem man die ganze Lehre zu erfassen sucht, kommt man zur klaren Erkenntniß, welches die leitenden Grundsätze seien, von denen der Gesetzgeber ausgegangen sei, und wonach er das fragliche Rechtsinstitut gebildet habe, und in welchem Verhältniß die andern Bestimmungen zu diesen leitenden Grundsätzen stehen, ob sie Ausflüsse derselben oder singuläre Abweichungen seien. Erst dadurch also kommt man zur Kenntniß der Natur der Sache, der ratio juris, als der, aus dem ganzen Zusammenhang der geltenden Rechts-Bestimmungen herfließenden Prinzipien[1]). Erst dadurch lernt man beurtheilen, ob die einzelne Rechtsregel contra oder secundum rationem juris gebildet sei — woraus sich dann wieder das wichige producere oder non producere ad consequentias ergibt[2]). Alle Analogie, sowohl die Gesetzesanalogie, als die Rechtsanalogie, beruht auf dieser Erkenntniß der ratio juris, der innern Natur der Sache[3]). Die meisten der neuen Interpreten[4]) des vielbesprochenen §. 7 des österr. Gesetzbuches sind nun darüber einig, daß unter den natürlichen Rechtsgrundsätzen, worauf sich dieser Paragraph beruft, nicht ein beliebig gewähltes System irgend eines Naturrechtes, sondern eben jene innere Natur der Sache zu verstehen sei, wie sie aus den getroffenen Bestimmungen des Gesetzgebers, also aus dem Geiste der ganzen Gesetzgebung erkannt werde. Soll daher der §. 7. auch in der That so angewendet werden, wie er von diesen Interpreten verstanden wird[5]), so muß bei der Behandlung des österreichischen Gesetzbuches die systematische Methode angewendet werden.

1) Eichhorn Einleitung in das deutsche Privatrecht. 5. Ausg. §. 40 Note d.

2) L. 14 D. de L. L. (1, 3). Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.

3) Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts Bd. I. §. 4.

4) Wagner, Handbuch des in Oesterreich geltenden Wechselrechts. Bd. I. S. Winiwarter, Commentar Bd. I. §. 33. Berger in der Zeitschrift für österreichische Rechtswissenschaft. 1843. Bd. I. S. 253 — 261. Stubenrauch Commentar S. 96-97.

5) Ich glaube jedoch, daß die Rechtsanalogie schon in der ersteren Hälfte des

Ich kann mir nicht versagen, die Aussprüche meines berühmten Vorgängers in diesem Lehrfache, des Professors Schuster, über jenen Punkt anzuführen, da er bereits in den Jahren 1818 und 1819 die Nothwendigkeit der systematischen Methode mit Bestimmtheit aussprach und sich darüber eine klare Erkenntniß gebildet hat, wie seit ihm meines Wissens nur Wenige. Bedenkt man überdieß, daß die Aeußerungen, welche ich nunmehr anführen werde, zu einer Zeit gemacht sind, wo die Rechtswissenschaft in Deutschland noch ferne von der hohen Ausbildung stand, auf welche sie die systematischen Arbeiten Puchta's, Savigny's und ihrer Anhänger brachten, so werden wir mit desto größerer Bewunderung für jenen Mann erfüllt werden. Schuster sieht die Aufgabe der österreichischen Juristen darin, die Theorie aufzustellen, „welche dem ganzen Systeme des österreichischen Gesetzbuches und den einzelnen Rechtsinstituten zu Grunde liege", denn „da der Gesetzgeber nur die Folgerungen seiner Theorie ausgesprochen, so sei ihr Wiederauffinden eine Sache des theoretischen Forschers." Die exegetische Methode allein vermag auch ihr nicht zu genügen „denn es zeigt sich fast immer, daß die bloße Erörterung desjenigen Paragraphes, den man eben erläutere, nicht genüge, ja daß er oft nicht einmal einen Stützpunkt gewähre, wohl aber immer eine Hinweisung auf Grundsätze erforderlich sei, welche in ganz andern Paragraphen liegen." „Unendlich viele Rechtsfragen lassen sich nur durch Zusammenstellung mehrerer Paragraphe beantworten; in der Anwendung unterliegen auch viele Parallel-Gesetzesstellen einer bedeutenden Schwierigkeit; die meisten Rechtsinstitute, wenn sie vollständig entwickelt werden sollen, bedürfen des Vor- und Rückblicks auf mehrere im Gesetzbuche zerstreute Paragraphe und setzen gewöhnlich eine vollständige Kenntniß des bürgerlichen Gesetzbuches voraus." Es ist daher die systematische Methode erforderlich, „denn alle Paragraphe z. B. die vom Zufall handeln, enthalten keineswegs eben so viele verschiedene Vorschriften, sondern sind nur das Ergebniß einer eigenen zum Grunde liegenden systematischen Lehre. Diese muß daher erforscht werden" [1]).

Die systematische Methode besteht, wie ich gezeigt zu haben glaube, darin, daß man sich über die Rechtsregeln zur Erkenntniß und Verarbeitung der Rechtsinstitute erhebt. Die systematische Behandlung der

---

§. 7. befaßt sei, daß dagegen unter den natürlichen Rechtsgrundsätzen des §. 7. das gemeinsame Rechtsbewußtsein des Volkes zu verstehen sei. S. unten.

1) S. die Vorrede zu seinem Commentar und zu seinem Baurecht.

Rechtsinstitute kann nun wieder eine zweifache sein. Man kann die Rechtsinstitute selbst in der Ordnung behandeln, in welcher sie das Gesetzbuch enthält, oder man stellt sie in einer hiervon abweichenden Ordnung dar. Die erstere Methode nennt man gewöhnlich die Legalordnung, die letztere die systematische Methode κατ' ἐξοχήν. Die Legalordnung selbst ist also ebenfalls ein System[1]): nämlich das System des Gesetzbuches. Die Legalordnung unterscheidet sich daher immerhin wesentlich von der exegetischen Methode, denn sie gibt die Ordnung der Paragraphe oder Fragmente auf, und stellt den innern Zusammenhang der einzelnen Lehre dar, behält jedoch die Reihenfolge der Titel oder Hauptstücke bei. Es geschieht daher mit Unrecht, wenn man die Darstellung des österreichischen Gesetzbuches in der Reihenfolge der Paragraphe die Legalordnung nennt. Es ist dieß lediglich die exegetische Methode. Diese exegetische Methode finden wir in fast allen bisherigen Commentaren des österreichischen Gesetzbuches, selbst in den neuesten. Der Legalordnung huldigt meines Wissens nur Ein Commentar; es ist der Winiwarter's. Wenn man die Darstellung der Rechtsinstitute eines Gesetzbuches in einer, von der in demselben befolgten Reihe abweichenden Ordnung insbesonders oder sogar ausschließlich die systematische (ohne Zusatz) nennt, so kann dies, wie ich glaube, nur dann gerechtfertigt sein, wenn eben dieses System nicht ein von willkürlichen Gesichtspunkten aus construirtes[2]), sondern dasjenige ist, welches die einzelnen Rechtsinstitute in ihrer innern Verwandtschaft darstellt[3]). Denn auch die Rechts-

1) Böcking Institutionen §. 27 N. 4. Biener nennt in seinem Aufsatze „Ueber die historische Methode und ihre Anwendung auf das Criminalrecht" S. 476 ff. die Legalordnung die dogmatische Methode und setzt sie der systematischen entgegen. Ebenso bezeichnen die meisten Neueren die Legalordnung nicht mit dem Namen der systematischen Methode. Vergl. Falck „Juristische Encyclopädie" 5. Ausg. 1851. §. 91. Dieß scheint aber mit Unrecht zu geschehen; denn die Legalordnung ist das System des Gesetzbuches und auch Biener gebraucht den Ausdruck, daß die Systeme secundum ordinem legalem im 17. und 18. Jahrhundert herrschend waren.

2) So ordnet z. B. Julianus Clarus in seinem Sententiarum receptarum liber V. die Verbrechen nach dem Alphabet. Und dasselbe „System" treffen wir bei vielen älteren österreichischen Juristen. So bei Suttinger, Beckmann, Serponte und vielen Andern. Ja das berühmte Brünner Schöffenbuch (die früher s. g. Pandectae Brunenses) sind in alphabetischer Ordnung angelegt. Roßler Rechtsdenkmäler Bd. II. 1853. (Nicht zu verwechseln mit dieser Methode ist die Anlage der böhmischen Landesordnungen nach dem Alphabet).

3) Die individuelle Ansicht des einzelnen Bearbeiters wird auch hier nicht ganz ausgeschlossen sein; daher kommt es, daß die neuern Gelehrten zwar über das System im Ganzen und Großen, nicht aber über dessen Ausführung im Einzelnen einig sind.

institute selbst stehen untereinander ebenso in einem organischen Zusammenhang, wie die einzelnen Rechtsregeln, und der systematischen Methode wird dann erst Genüge geleistet, wenn auch dieser Zusammenhang der Rechtsinstitute erkannt und dargestellt wird. Alle Rechtsinstitute bestehen zu einem System verbunden und können nur in dem großen Zusammenhaug dieses Systems, in welchem deren organische Natur erscheint, vollständig begriffen werden[1]). Man muß hierbei zwischen der Aufgabe eines Gesetzbuches und der eines Lehrbuches wohl unterscheiden. Die Tendenz eines Gesetzbuches ist die vorwiegend praktische. Manche Partien, welche der strenge Systematiker der Consequenz seiner Prinzipien zu Folge von einander getrennt behandeln muß, wird der Gesetzgeber aus einem oft äußerlichen Grunde, wegen der leichtern Uebersichtlichkeit und Verständlichkeit oder wegen der Gemeinsamkeit in manchen praktischen Punkten vereint behandeln: ebenso umgekehrt öfters das systematisch Zusammengehörige trennen, um ihm durch die Trennung und die Versetzung in andere Umgebung die gewünschte Berücksichttgung und Deutlichkeit zu verschaffen[2]). Auch mag der Gesetzgeber sich damit begnügen, einzelne Rechtsinstitute in wenigen Rechtsregeln zu zeichnen und diese Rechtsregeln an einem ihm passenden Orte auszusprechen. So werden z. B. im österreichischen Gesetzbuche die Rechtsregeln von den Bedingungen im 12. Hauptstück des II. Theils bei den Testamenten und Vermächtnissen aufgestellt. Nichtsdestoweniger ist die Kenntniß der Lehre von den Bedingungen schon im 4. Hauptstück des I. Theils erforderlich, wo von der Bestellung eines Vormundes unter einer auflösenden Bedingung die Rede ist (§. 256). Es kann daher leicht der Fall sein, daß die Legalordnung demjenigen Zweck, welchen man durch die systematische Methode zu erreichen strebt, nicht entspricht. In einem solchen Falle befinden wir uns, wie ich glaube, rücksichtlich des österreichischen Gesetzbuches. Dieß braucht aber deßhalb noch nicht die Veranlassung zu sein, die systematische Methode überhaupt für die Behandlung des österreichischen Gesetzbuches als eines Ganzen aufzugeben und bloß einzelne Monographien und Abhandlungen zu liefern, z. B. eine Monographie über die Lehre von den Bedingungen. In dieses Extrem ist Schuster verfallen. Nachdem er den ersten Band seines Commentars geschrieben hatte, erkannte er ganz richtig, daß die Einhaltung der Legalordnung nicht zum gewünschten Ziele führe. Denn

1) Savigny a. a. O. Bd. I. §. 5.

2) S. meine Besprechung des Entwurfs eines bürgerl. Gesetzbuches für das Königr. Sachsen. Wien 1853. S. 20.

der Zusammenhang der Darstellung müßte unterbrochen werden, um Lehren zu gewinnen und zu begründen, welche erst späterhin im Gesetzbuche aufgestellt werden. So müßte, um Schusters Beispiel selbst wiederzugeben, die Lehre vom Zufall bereits dem §. 46 beigefügt werden, und „da sich dieselbe nicht ohne Erforschung des Geistes von 55 §§. aufstellen läßt, so würde dieß offenbar nur auf Kosten der lichtvollen Uebersicht der systematischen und mit jener verschmolzenen Lehre eines andern Rechtsinstitutes, z. B. in dem aufgestellten Falle mit jener des Eherechtes geschehen können“ [1]). Schuster meinte daher, man müsse, bevor man an die Commentirung des Gesetzbuches selbst schreite, in eigenen Abhandlungen gewisse Rechtsfragen erörtern. Er befand sich darin im geraden Gegensatze zu Rippel, welcher in einer solchen einzelnen Abhandlung geäußert hatte, er müßte, um sich ein gründliches Urtheil zu verschaffen, erst einen (freilich exegetischen) Commentar über das Gesetzbuch geschrieben haben [2]). Schuster kam bei seiner Ansicht in manche Widersprüche [3]), und vermochte insbesondere keinen Anfang zu gewinnen; denn die meisten begonnenen, zum Theile ihrem Ende zugeführten Arbeiten wurden immer wieder durch andere von ihm als nothwendig erachtete Vorarbeiten unterbrochen [4]). Wie kommt man aus diesem circulus vitiosus heraus? Wie gewinnt man einen sichern Ausgangspunkt? Ich glaube dadurch, daß man von der Legalordnung abweicht und für die Behandlung des ganzen Gesetzbuches jenes System einschlägt, welches in dem organischen Zusammenhang der einzelnen Rechtsinstitute liegt. So kommt man z. B. durch das obige Beispiel leicht zu der Bemerkung, daß es gewisse allgemeine Lehren gebe, welche bei allen oder doch den meisten Rechtsverhältnissen vorkommen, und welche daher vor diesen in einem allgemeinen Theil behandelt werden müssen. Gäbe es daher auch noch so viele gute Monographien, so könnte man dennoch des Systems nicht entbehren. Denn wie Savigny bemerkt, liegt der wesentlichste Unterschied darin, daß in der Monographie der Standpunkt eines einzelnen Rechtsinstitutes willkürlich gewählt wird, um von diesem aus die Beziehungen zu dem Ganzen zu erkennen; hiedurch aber wird die Auswahl und die Anordnung des Stoffes eine ganz

1) Einleitung in das Baurecht S. XI. XII.

2) Schuster in der Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrs. S. Jahrgang 1831. Bd. I. S. 38.

3) Vergl. S. XV. der Einleitung in das Baurecht.

4) Schuster in der Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrs. S. Jahrgang 1829. Bd. I. S. 2.

andere, als da, wo dasselbe Rechtsinstitut im Zusammenhange eines völligen Rechtssystemes darzustellen ist. In die nähere Erörterung, in welchem Zusammenhang die einzelnen Rechtsinstitute stehen, und in welchem Zusammenhang ich sie darstellen werde, kann ich mich heute nicht einlassen. Es genügt wohl, zu bemerken, daß das System, welches ich befolgen werde, im Ganzen und Großen jenes ist, welches Puchta und Savigny aufgestellt und ihre Anhänger befolgt haben. Denn durch dieses System wird der gesammte Rechtsstoff recht eigentlich bewältigt und der Organismus des Rechts vollständig begriffen. Erst in diesem Systeme, wie es jene Männer aufgestellt haben, ist daher auch das römische Recht als ein fremdes überwunden und zum eigenen verarbeitet worden. Deßhalb feiert man von der Zeit der Aufstellung dieses Systems eine neue Aera der Rechtswissenschaft [1]), und ich glaube, daß wir nur der Natur der Sache gemäß handeln, wenn wir in diesem Systeme auch das österreichische Privatrecht darstellen, da es ja hiebei auf die nationelle Verschiedenheit nicht ankommt. Ich werde daher einen allgemeinen Theil geben, und diesem Vorträge über das dingliche Sachenrecht, das Obligationenrecht, das Familien- und Erbrecht folgen lassen. Mit dem allgemeinen Theil und dem dinglichen Sachenrechte werden wohl die Vorträge für dieses Wintersemester erschöpft sein.

Sowohl die Rechtsinstitute, als die Rechtsregeln sind nichts Bleibendes, Unveränderliches. Sie haben, wie alles Zeitliche, ihre Geschichte. Die Rechtsinstitute sind hiebei das Stabilere: dennoch sind auch sie nicht unbeweglich. So herrschte, um in die Rechtsgeschichte unseres Vaterlandes zu greifen, noch im vorigen Jahrhundert die gesetzliche Gütergemeinschaft zwischen Ehegatten, bis Kaiser Joseph dieses Rechtsinstitut aufhob. So gab es noch vor dem Jahre 1848 manche Rechtsinstitute, welche seither beseitiget worden sind. Beweglicher als die Rechtsinstitute sind die Rechtsregeln. Sie wechseln rascher, weil die Bedürfnisse selbst wechseln, welche sie befriedigen sollen. Wie rasch haben z. B. bei uns die gesetzlichen Bestimmungen über die Darlehen im baaren Gelde gewechselt. — Da nun alles Gewordene nur aus seinem Werden begriffen werden kann, so müssen wir, um die Rechtsinstitute und Rechtsregeln des österreichischen Gesetzbuches gründlich zu verstehen, ihre historische Entstehung in's Auge fassen — d. h. wir müssen das geschichtliche Element im Rechte berücksichtigen.

---

1) Gerber. Zur Charakteristik der deutschen Rechtswissenschaft. Tübingen 1851. S. 22.

Es gab eine Zeit, wo man glaubte, alles Recht im Staate entstehe erst aus den Gesetzen: so lange es keine Gesetze gebe, gebe es kein Recht, und es sei Sache des Gesetzgebers, nicht bloß Gesetze, sondern das Recht selbst zu machen. Diese Ansicht ist heute allgemein aufgegeben. Man sieht heutzutage das Gesetz nur als das Organ des Rechtes an, als Erkenntniß- nicht als Entstehungsgrund des Rechtes[1]). Man hält dafür, der Gesetzgeber mache nicht das Recht, sondern spreche das schon vorhandene Recht nur aus. Darüber aber, wo das Recht vorhanden sei, welches der Gesetzgeber zum klaren Ausdruck bringe, darüber also, was die Quelle des Rechts sei, ist man verschiedener Ansicht. Die Einen meinen, die Quelle des Rechts liege in der menschlichen Vernunft und aus ihr könne man a priori ein Gesetzbuch schöpfen, welches für alle Zeiten und Völker tauglich sei. Diese Ansicht hat zur Zeit der Abfassung der modernen Gesetzbücher ziemlich allgemein geherrscht. So meint Zeiller, daß man die Frage aufwerfen könne, ob wir denn im Staate überhaupt einer öffentlichen Gesetzgebung über die Privatrechte bedürfen, da „alles Recht ursprünglich von der Vernunft ausgeht und eben daher schon die Rechtsphilosophen in ihren Systemen uns hierüber den Vernunftcodex vorlegen, und da wir im Staate die Rechte nicht erst von dem guten Willen der Machthaber empfangen, sondern nur unter ihrem Schutze, der von einer höhern Macht (der Vernunft) verliehenen Rechte sicher theilhaftig werden sollen“[2]). Nach der entgegengesetzten Ansicht — und ihre Begründer und Hauptvertreter sind Hugo, Savigny und Puchta — ist das Recht nur ein Erzeugniß des innersten geheimnißvoll wirkenden Volksgeistes, eine Seite des gesammten Volkslebens gleich der Sprache, der Sitte, der Religion. Diese Schule bezeichnet man gewöhnlich als die historische, — eine Bezeichnung, welche in so ferne unrichtig ist, wenn man damit ausdrücken will, daß das exclusive Element dieser Schule die Vergangenheit sei[3]). Denn diese Richtung lebt ebenso kräftig für die Gegenwart, als sie auch für die Zukunft vorbereitend wirkt. In ihrer vollen schroffen Einseitigkeit ist die erstere jener beiden Ansichten wohl nie zur Geltung gelangt. In Frankreich versuchte man wohl im Zeitalter der Revolution etwas Derartiges ernstlich, indem man einem Verein von Philosophen die Ab-

---

1) S. Koch Lehrbuch des preuß. gem. Privatrechts. 1845. Bd. I. §. 1. Note 10.

2) Jährlicher Beitrag zur Gesetzeskunde. 1836. Bd. I. S. 4. und Comment. I. Vorrede.

3) Savigny System Bd. I. S. XIV. XV.

fassung des neuen Code übertragen wollte [1]), mußte aber bald davon abgehen. Auch das österreichische Gesetzbuch kann demnach nicht als ein bloßer Vernunftrechtscodex angesehen werden, zu dessen Verständniß und Darstellung das Studium des Naturrechts genügen würde, sondern es ist zu betrachten als eine Aufzeichnung des damals in Oesterreich bestandenen Rechts mit jenen Modificationen, welche der Gesetzgeber zu treffen für zweckmäßig fand. Zum wissenschaftlichen Verständniß des österreichischen Gesetzbuches ist daher eine genaue Kenntniß des älteren Rechts nothwendig und der frühere Studienplan selbst schrieb aus diesem Gesichtspunkte den Lehrvortrag des römischen Rechts vor, „da dieses Recht als erste Grundlage zur neuen Gesetzgebung diente." Ja auch Zeiller selbst meint, „daß der Rechtsgelehrte, wenn er seiner Bestimmung zu Folge die Gesetze, d. h. den Willen des Gesetzgebers vollständig, dem wahren Umfange gemäß erklären solle, sich der Pflicht nicht entschlagen könne, den Gründen der Gesetze in den allgemeinen Rechts-Principien, in dem ganzen Zusammenhang der Gesetzgebung und in der Geschichte nachzuforschen" [2]). Aus dem Studium des österreichischen Gesetzbuches allein kann man daher nimmermehr zu einer wissenschaftlichen Erkenntniß und Erklärung desselben gelangen. Es war somit eine Illusion, wenn man glaubte, daß mit der Einführung des neuen Gesetzbuches das Studium des Rechts erleichtert würde: es wurde vielmehr erschwert, wie ich später deutlicher zeigen werde. In seiner berühmten Schrift über den Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung sprach Savigny im Jahre 1814 mahnend die Worte aus: „Dasselbe historisch begründete Rechtsstudium, welches vor Einführung der neuern Gesetzbücher nothwendig war, ist auch durch sie nicht im Geringsten entbehrlicher geworden, und es wird insbesondere gar nichts geleistet, wenn man glaubt, sich um ihretwillen nur mit einer oberflächlichen Darstellung des bisherigen Rechtes behelfen zu können" (S. 136 der 2. Aufl.) Und in seinem System des heutigen römischen Rechts widerholte er diesen Ausspruch (S. 104): „Eine gründliche Einsicht in die neuern Gesetzbücher ist nur dadurch möglich, daß ihr Inhalt auf seinen ersten Ursprung zurückgeführt wird, so daß durch dieselben ein erschöpfendes Studium der früheren Rechtsquellen um gar nichts entbehrlicher geworden ist, wie sehr sich auch Viele mit einer solchen Erleichterung der juristischen Arbeit geschmeichelt haben mögen." Dieselbe Ansicht hat

1) Zachariä Hdb. des französ. Civilr. 5. Ausg. §. 9 S. auch Marschner, die Anfechtungen der neueren Civilgesetzbücher 1853. S. 15 — 16.

2) Jährliche Beiträge. Bd. IV. S. 74.

mit andern Worten bereits Schuster vier Jahre nach Erscheinen des österreichischen Gesetzbuches ausgesprochen und für dieselbe Anhänger zu gewinnen gesucht. Allein er konnte sie nicht finden, da die exclusive Herrschaft der exegetischen Methode in den ersten Decennien nach dem Erscheinen des österreichischen Gesetzbuches eben durch jene thatsächlichen Bedingungen begründet und gerechtfertiget wurde, von welchen ich bereits früher gesprochen habe. In neuerer Zeit aber macht sich nunmehr auch die Erkenntniß der Nothwendigkeit, auf das früher in Oesterreich bestandene Recht zurückzugehen, lebhaft geltend[1]). Für das Criminalrecht hat diese Nothwendigkeit Hye in einem im Jahre 1844 erschienenen Aufsatz[2]), für das Civilrecht Berger in einem gegen Wildner-Maithstein geistreich geführten Streit[3]), für die gesammte Rechtswissenschaft Perthaler in seiner Inaugural-Dissertation „Recht der Geschichte“[4]), Rößler in seiner Schrift „über die Bedeutung und Behandlung der Geschichte des Rechts in Oesterreich“[5]) und der zu früh verstorbene Chabert in der Vorrede zu seinem Bruchstück der österreichischen Rechtsgeschichte[6]) ausgesprochen. Auf dieses früher in Oesterreich bestandene Recht werde ich in meinen Vorträgen in einer übersichtlichen, zusammenfassenden Darstellung stets zurückzugehen suchen. Dieses ältere Recht aber ist das römische Recht, modificirt durch das canonische Recht und die gemeinrechtliche Doktrin und Praxis, und das deutsche Recht, insbesondere wie es sich in den österreichischen Provinzen gestaltet hat. —

Ich erlaube mir. auf die Bedeutung und den Einfluß, welchen ich dem älteren Rechte auf die gegenwärtige Gesetzgebung einräume, noch näher einzugehen, weil sich gerade in dieser Hinsicht in neuerer Zeit Ansichten geltend gemacht haben, welche ich nicht zu theilen vermag und über die ich mich klar aussprechen muß, um den Charakter, den meine Vorlesungen tragen sollen, schärfer zu zeichnen.

Das eingehende Studium des römischen Rechts hat bei der wissenschaftlichen Behandlung des österreichischen Gesetzbuches eine doppelte Bedeutung. Da, wo wir eine Uebereinstimmung der Grundsätze des

1) S. die Einleitung zu meiner Besprechung des Entwurfes eines bürgerl. Gesetzb. für Sachsen. Wien 1853.

2) Zeitschr. für österr. Rechtsgelehrs. 1844 Bd. I. S. 353 ff.

3) Jurist XII. S. 262 ff.

4) Wien 1840.

5) Prag 1847.

6) Abgedruckt in den Denkschriften der kais. Akadem. d. Wiss. Philos. hist. Classe. Bd. III. IV. Abthlg. II.

österreichischen Rechts mit jenen des römischen erkennen, wird uns die ganze reiche Ausbildung, welche diesen Grundsätzen durch Jahrhunderte lange Doktrin und Praxis zu Theil geworden ist, zu Gute kommen. Wollten wir von dieser Ausbildung keinen Gebrauch machen, so hieße dieß in der That wie Schuster sagt, die Rechtsgelehrtheit auf ihre Entstehung zurückführen, das geistvolle Wirken, welches die Jurisprudenz durch mehrere Jahrhunderte allmälig zu einer Wissenschaft erhoben hat, verachten und bei Reichthümern darben wollen. Da hingegen, wo wir eine von den Grundsätzen des römischen Rechts abweichende Entscheidung im österreichischen Gesetzbuche treffen, soll uns dieß dazu dienen, diese Abweichung zu vollständigerem Bewußtsein und zu schärferer Erkenntniß zu bringen, um uns zu hüten, Ansichten des reinen römischen Rechts in das österreichische Gesetzbuch hinüberzuspielen[1]). Diese Abweichung vom römischen Rechte ist in manchen Lehren mit bestimmtem Bewußtsein gemacht worden, während der Gesetzgeber an andern Stellen nur die reinen Grundsätze des mißverstandenen römischen Rechts aufzunehmen glaubte. Das römische Recht wurde nämlich im Kampf mit dem deutschen Recht mannigfach modificirt. Da es nicht für alle Bedürfnisse ausreichte, und insbesondere manchen nationellen Eigenthümlichkeiten nicht entsprach, so entstand allmälig eine umbildende Doctrin und Praxis, ein usus modernus Pandectarum, wodurch die Aussprüche des reinen römischen Rechts in einem Sinne genommen wurden, der ihnen fremd war. Die neueste Wissenschaft des römischen Rechts hat das glänzende Verdienst diese unrichtige Auffassung beseitigt und das römische Recht in der vollen Reinheit und Consequenz seiner Grundsätze wieder dargestellt zu haben. Wollte man aber diese restaurirten und restituirten Grundsätze des römischen Rechts in die Praxis jener Länder, wo das gemeine Recht gilt, oder durch gezwungene Auslegung etwa gar in die neuen Gesetzbücher übertragen, wollte man also „zurückromanisiren", wie Bornemann ein solches Verfahren nennt[2]), so beginge man einen großen Verstoß gegen die Grundsätze der historischen Schule selbst. Denn das römische Recht wurde eben mit jener Auffassung seiner Aussprüche recipirt, durch die Praxis mannigfach modificirt und aus dem auf solche Art modificirten Rechte schöpfte der Gesetzgeber im vorigen Jahrhundert und im Beginne des jetzigen. So hat, um eines Beispiels zu erwähnen, Mühlenbruch in seinem berühmten Werke über die Cession gezeigt, daß es nach römischem Rechte keine Singularsuccession in Obligationen gebe. Die Praxis

1) Vergl. Schuster in seinen angeführten Vorreden.

2) Systematische Darstellung des preuß. Civilr. Bd. 1, §. 1.

der frühern Jahrhunderte nahm den entgegengesetzten Grundsatz an, und wir finden denselben in allen modernen Gesetzbüchern. Wir würden daher die Anforderungen des Lebens und die Bedürfnisse des Verkehrs verkennen, wollten wir die gewonnene Erkenntniß des reinen römischen Rechts in die Praxis einführen[1]). Da also, wo wir Abweichungen vom römischen Rechte in unserm Gesetzbuche finden, werden wir nicht die Kritik üben. Auch unrichtige Meinungen sind, *insoferne* sie auf das österreichische Gesetzbuch Einfluß gehabt haben, als Rechtsquelle anzusehen, und die Aufgabe besteht nicht darin, die *Unrichtigkeit* zu dem Zweck zu zeigen, um zu beweisen, daß die gesetzliche Bestimmung in dem österreichischen Gesetzbuche aus einem Mißverständnisse hervorgegangen sei, und daß sie deßhalb abgestellt werden müsse; sondern sie besteht wesentlich darin, die Gründe dieser, wenn gleich unrichtigen Meinung zu untersuchen und anzugeben, um dieselben bei der weitern Ausbildung der dadurch gewonnenen Ansicht, oder zur Erklärung der daraus entstandenen gesetzlichen Norm zu benutzen[2]). Ich erlaube mir ein Beispiel zu geben. Es ist heutzutage ziemlich allgemein anerkannt, daß die Lehre vom Titulus und Modus acquirendi in dem Sinn, daß bei der Erwerbung aller dinglichen Rechte ein titulus nothwendig sei, eine unrichtige sei. Dennoch treffen wir sie im österreichischen Gesetzbuche und es erklärt sich dieß eben aus der Doctrin des vorigen Jahrhunderts, auf welche daher stets zurückgegangen werden muß. Unsere Aufgabe muß es nunmehr sein, die Lehre vom Titulus und Modus im Sinne des österreichischen Gesetzbuches zu begründen, zu erkennen, wie sie durch die einzelnen Rechtsinstitute sich hindurchziehe und in zweifelhaften Fällen dieser Lehre gemäß zu entscheiden. So werden wir im Geiste des österreichischen Gesetzbuches behaupten, daß da, wo keine Grundbücher eingeführt sind, die Servituten nicht schon durch Vertrag, sondern erst durch Tradition erworben werden, obwohl die neuesten Civilisten fast allgemein die gegentheilige Entscheidung fällen[3]).

Bluntschli hat in der Vorrede zu seinem jüngst erschienenen

1) Die Möglichkeit einer Singularsuccession in Obligationen wird in einer interessanten Schrift für das moderne Recht vertheidigt von Delbrück: Die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und preuß. Rechte. Berlin 1853. Auch Seuffert hat dieselbe behauptet in seinem praktischen Pandektenrecht §. 298. N. 4. Dafür spricht sich auch Brinz kritisch. Blätter Nr. 2 S. 34 und Windscheid in der „Kritischen Ueberschau der deutschen Gesetzgebung von Arndts, Bluntschli und Pölzl" aus (S. 28 ff.). Vergl. jetzt auch Beseler System d. deutsch. Privatr. Bd. II. S. 280 ff.

2) Koch, Recht der Forderungen. Thl. I. S. III.

3) Anderer Ansicht ist in diesem Falle bekanntlich Bangerow.

deutschen Privatrecht treffliche Worte über das Verhältniß der neueren Forschungen über römisches Recht zur Praxis gesprochen. Er sagt (S. XIV ff.): „Die Fortschritte in der romanistischen Erkenntniß waren von neuen Fehlern in der heutigen Praxis begleitet. Gar nicht selten war in dem mißverstandenen römischen Rechte der Praktiker ein Kern modernen Rechtsgefühls enthalten, ihre römischen Irrthümer waren zuweilen deutsche Wahrheiten. Hat nun die neuere Wissenschaft jenen Irrthum aufgedeckt und zerstört, so hat sie oft die darin verborgene Wahrheit zugleich — gleichsam mit dem Bade das Kind — weggeworfen. Und wenn sie durch neue Untersuchungen mit verbesserten Hilfsmitteln neue Aufschlüsse über den Sinn des römischen Rechts gewonnen hat, hat sie nicht selten die wunderliche Zumuthung an die Praxis gestellt, daß von jetzt an der neugefundene alte Rechtssatz als Gesetz zu verehren und anzuwenden sei. . . . Hätte sie für den neugefundenen Rechtssatz um seiner innern Wahrheit willen Beachtung gefordert, dann hätte diese Forderung einen guten Sinn gehabt . . . . dann aber war es auch gleichgiltig, ob derselbe in dem Corpus juris Justinians geschrieben stand oder nicht. Aber sie hat jene Zumuthung gewöhnlich auf die legale Autorität des recipirten römischen Rechts gestützt und ganz übersehen, daß jener Rechtssatz doch unmöglich von unsern Vorfahren recipirt worden sein konnte, da sie von ihm nichts gewußt hatten!" Ich habe diese Stelle ausführlich angeführt, weil manche Vorwürfe, welche von gelehrten Romanisten in neuerer Zeit den modernen Gesetzbüchern, welche gerade die praktischen Bedürfnisse oft am besten befriedigt haben, gemacht worden sind, in ihr ihre Widerlegung finden, und weil es erkannt werden muß, daß die neueren Forschungen der römischen Civilisten nur dann für uns von praktischer Bedeutung sind, wenn sie die innere Natur der Sache, das rationale nicht aber das nationale Element im römischen Rechte aufhellen.

Das Studium des deutschen Rechts soll uns dazu dienen, sowohl jene Rechtsinstitute gründlich zu erkennen, welche sich stets freier vom Einflusse des römischen Rechts erhalten haben, als auch die Modificationen zu begreifen, welche das römische Recht bei seiner Reception in Deutschland erlitten hat. Die Rechtsinstitute, in welchen sich das deutsche Recht reiner erhalten hat, gehören hauptsächlich dem Familienrechte an. Auch das österreichische Gesetzbuch enthält insbesondere in dieser Hinsicht viele echt deutsche Elemente [1]). Ich verweise in dieser

1) Ueber die deutschen Elemente im bürgerlichen Gesetzbuche s. Gaupp. a. a. O. u. Weiske in der allgem österr. Gerichtszeitung.

Beziehung auf das Rechtsinstitut der älterlichen Gewalt, auf das Eherecht und insbesondere auf das Güterrecht der Ehegatten, welches spezifisch deutsch ist. Aber auch in andern Beziehungen schlägt das deutsche Element durch. So z. B. in der Auflassung von unbeweglichen Gütern (§. 434 des bürg. Gesetzb.). Das deutsche Recht hat sich in den verschiedenen Theilen des deutschen Reiches verschieden gestaltet. Es hat sich in den mannigfachen Territorien zu eigenen Formationen ausgebildet. So hat es auch auf der gemeinsamen nationalen Grundlage in jenen Provinzen des österreichischen Kaiserstaates, welche *zum* deutschen Reiche gehörten, eine particuläre Gestaltung gewonnen. Aus eben diesen Provinzen — es sind Böhmen, Mähren, Schlesien, Ober- und Nieder-Oesterreich, Steiermark und Vorderösterreich [1]) — wurden aber von Maria Theresia, als zuerst der Gedanke gefaßt wurde, ein einheimisches bürgerliches Gesetzbuch auszuarbeiten, Männer berufen, und ihnen die Weisung ertheilt, das diesen Provinzen gemeinsame Recht klar aufzustellen. Auf dieses Provinzialrecht, auf diese Gestaltung des deutschen Rechts als speciell-österreichischen Rechts werden wir daher stets zurückgehen müssen, wenn wir zur gründlichen Erkenntniß der Gegenwart auf die Vergangenheit zurücksehen wollen. —

So wie bei dem römischen Rechte, so werden wir uns auch bei dem deutschen Rechte hüten müssen, solche Grundsätze, welche erst die moderne Wissenschaft gewonnen oder reiner dargestellt hat, in's Gesetzbuch übertragen zu wollen. Auch hier kommt es auf die Doctrin des vergangenen Jahrhnnderts an: denn in dieser war der Gesetzgeber gebildet.

Römisches und deutsches Recht, Doctrin und Praxis des vorigen Jahrhunderts: das sind die geschichtlichen Elemente, aus denen die österreichische Gesetzgebung hervorgegangen ist. Aus diesen Elementen aber ist die Entstehung aller Lehren und die Abfassung aller Rechtsregeln des österreichischen Gesetzbuches noch nicht vollkommen zu begreifen. Es gehörte dazu eine Kenntniß der wissenschaftlichen Ansichten und der gelehrten Bildung jener Männer, welche an der Redaction des österreichischen Gesetzbuches gearbeitet haben. Dadurch aber wird eben das wissenschaftliche Studium eines Gesetzbuches erschwert, indem auch dieses Element noch hinzukommen muß, um das neue Recht vollkommen zu verstehen. Um aber zu jener Kenntniß zu kommen, ist außer einer Bekanntschaft mit der Bildungsgeschichte dieser Männer, eine Kenntniß der Schriften vonnöthen, aus welchen sie geschöpft haben, und insbe-

1) Zeiller Vorbereitung I. S. 20.

sondere eine genaue Einsicht in die Protocolle der gesetzgebenden Commission [1]). Leider sind diese Materialien des österreichischen Gesetzbuches nicht durch den Druck veröffentlicht und daher nicht allgemein zugänglich. Wir müssen uns daher mit dem Commentar Zeiller's begnügen, der uns am besten über die Absicht des Gesetzgebers aufklärt, und uns von Schritt zu Schritt über den beabsichtigten Inhalt und Umfang jeder gesetzlichen Anordnung unterrichtet. So weit das historische Element.

Das österreichische Gesetzbuch ist aber nicht das einzige, welches aus den angegebenen Factoren entstanden ist. Auf der gleichen Grundlage, auf der römisch-deutschen Basis sind vor ihm andere Gesetzbücher entstanden und entstehen andere nach ihm. Sie alle haben das gemeinschaftlich, Ausdruck des modernen Rechtsbewußtseins zu sein. So wie daher einerseits die neuesten Bearbeiter des gemeinen Rechts auf die modernen Gesetzeswerke Rücksicht nehmen, um die Rechtsgedanken darzustellen, welche in unserer Zeit überhaupt auf Anerkennung und Beachtung einen natürlichen Anspruch haben [2]), also um ein modernes jus gentium im römischen Sinn des Wortes zu gewinnen und darzustellen, so soll auch andererseits jedes der neuern Gesetzbücher nicht bloß als ein abgeschlossenes vereinzeltes Recht betrachtet, sondern darauf geachtet werden, wie sich derselbe Grundgedanke in den Codificationen der übrigen Länder ausgesprochen und gestaltet habe. Es sollen daher auch bei der wissenschaftlichen Behandlung des österreichischen Gesetzbuchs die übrigen Gesetzbücher berücksichtigt, d. h. das vergleichende Element ausgebildet werden [3]). Auch Zeiller spricht in seinem Aufsatz über die Erfordernisse eines guten Commentars [4]), von der Nothwendigkeit, auf die übrigen Gesetzbücher der neuern Zeit Rücksicht zu nehmen. Er sagt: die Kenntniß der übrigen Gesetzbücher, welche mit dem unsrigen auf eben derselben Grundlage beruhen, ist zur Ergänzung und Erweiterung der Kenntnisse in dem Civilrechte sehr nützlich, und verweist in seinem Commentar stets auf die einschlägigen Stellen der andern Gesetzbücher. Das comparative Element dient aber nicht bloß

1) Koch, Recht der Forderungen Bd. I. S. II. ff. Savigny, im Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung.

2) Bluntschli a. a. O. S. XVI. Seuffert Archiv der Entscheid. der oberst. Gerichtshöfe. Bd. I. Vorrede.

3) Ueber comparative Jurisprudenz s. Savigny in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft III. S. 5. Falck juristische Encyclopädie S. 306. Biener a. a. O. S. 627 ff.

4) Jährliche Beiträge Bd. IV. S. 69—77. S. auch die Weisung Maria Thresien's an die Compilations-Commission.

dazu, durch Hervorhebung der Unterschiede und der Uebereinstimmung das gegenwärtige Recht unserer Heimath besser zu begreifen, es gewährt noch einen weit höhern Vortheil, der sich auf die Fortbildung unseres Rechts bezieht. Auf diesen Punkt komme ich am Schlusse meines Vortrages noch zurück.

Sollen das historische und das vergleichende Element in ihrer Bedeutung erhalten werden, soll die Historie nicht zu einer Sammlung von Rechtsantiquitäten, die Vergleichung nicht zu einer bloßen schematischen Nebeneinanderstellung herabsinken, so muß die Philosophie des Rechts hinzutreten, welche uns lehrt, den Rechtsstoff nicht als einen ruhenden, sondern als einen sich fortwährend weiter entwickelnden zu begreifen und in dem Rechte aller Zeiten und aller Nationen die Fortbildung der Ideen des Rechts zu erkennen. Diese Philosophie des Rechts sieht das Recht nicht in seiner Isolirung an, als das Recht dieses oder jenes Volkes, sondern es betrachtet die verschiedenen Rechte der Völker nur als Entwicklungsstufen der Einen Idee des Rechts [1]). Diese Philosophie ist daher weder jenes ideale Naturrecht, welches von allen gegebenen Verhältnissen absieht und sich seinen Inhalt willkürlich gibt. Es ist auch nicht jene sogenannte Philosophie des positiven Rechts, welche in der Vergleichung des positiven Rechts mit Principien besteht, welche man sich selbst ausgedacht hat, und alles gewordene Recht an einem Maßstab mißt, der nicht in ihm, sondern außer ihm, in der Idee des Beschauers liegt [2]). Es ist vielmehr jene Philosophie, welche sich innig an das Gegebene anschließt, welche sich in das Positive vertieft, um aus dem Concreten das Allgemeine, aus dem bunten Spiel der Erscheinungen das Wesen herauszufinden, um in dem Wechselnden und Wandelnden den treibenden Gedanken zu begreifen [3]). Es ist jene Philosophie, welche sich in die Grenzen einer positiven Wissenschaft begibt und von welcher Feuerbach [4]) treffend sagt: „daß sie nicht schaffend, sondern bildend wirke; daß sie den gegebenen Stoff formen, nach Ideen gestalten und geistig beleben könne; aber daß sie die Materie selbst weder hervorbringe, noch ihr etwas nehme von dem, was sie ursprünglich in sich selber habe."

---

1) Puchta a. a. O. §. 32.

2) Böcking a. a. O. §. 3, S. 3.

3) Ich habe diese Ansicht von der Bedeutung der Philosophie für das Studium des Rechts bereits im Jahre 1851 in der Recension der Philosophie des Rechts von Hafner ausgesprochen Haimerl's Magazin Bd. IV.

4) Feuerbach in der Vorrede zu Unterholzner Abhandlung. 1810. S. X. S. auch dessen Schrift: Ueber Philosophie und Empirie in ihren Verhältniß zur positiven Rechtswissenschaft. 1804.

Exegeſe und Syſtematik, Hiſtorie und Vergleichung und die ſie alle umfaſſende und umſchlingende Philoſophie ſind daher die Elemente, welche erfordert werden, um eine wiſſenſchaftliche Theorie des bürgerlichen Rechtes hervorzubringen.

Gelingt es uns dieſe Elemente harmoniſch zu verbinden und ſie zu einer organiſchen Einheit zu verarbeiten, ſo haben wir uns über den Standpunct der Geſetzeskenntniß zu dem der Rechtswiſſenſchaft erhoben, und haben jene Theorie des öſterreichiſchen Privatrechts gewonnen, von welcher Schuſter mit Recht ſagt, daß ſie mit magiſcher Kraft den Geiſt veroffenbare, welcher dem Geſetzbuche zu Grunde liege, daß ſie bei Anwendung der Geſetze, wenn deren Buchſtabe ſchweige, uns ſicher leite und gegen Irrthümer einzig und allein zu verwahren vermöge, weßhalb auch von derſelben das Gedeihen und die Beſſerung der Rechtspflege weſentlich abhänge. Dieſe Theorie wird daher mit der Praxis in keinem Gegenſatze ſtehen, ſie wird vielmehr die Grundlage einer geſunden Praxis abgeben. Man iſt gewohnt, die Theorie als den Gegenſatz der Praxis anzuſehen und theoretiſch und unpractiſch für gleichbedeutend zu halten. Ja man findet juriſtiſche Arbeiten theoretiſch gut, aber practiſch unbrauchbar. Eine ſolche Theorie meine ich nicht. Denn, wie Kierulff von der Theorie des gemeinen Civilrechtes ſagt, ſo iſt auch nur jene Theorie des öſterreichiſchen Civilrechts die wahre, welche Rath für die Praxis iſt, welche das vorbringt, was die Praxis brauchen kann, und das abſtract auslegt und proponirt, was die Praxis concret realiſirt [1]). Sie brauchen daher nicht zu fürchten, meine Herren, daß Sie durch Vorträge in der hier angedeuteten Art zwar im beſten Falle nicht üble Theoretiker, aber ſchlechte Practiker würden. Wir werden vielmehr mit Hilfe der auf die angegebene Art zu gewinnenden Theorie all' die mannigfaltigen Fragen zu löſen verſuchen, welche die Praxis und das tägliche Leben in bunter Mannigfaltigkeit erzeugt. Wir werden ſie mit Hilfe dieſer Theorie im Geiſte des öſterreichiſchen Geſetzbuches zu löſen ſuchen. Wir werden uns alſo bei zweifelhaften Fragen weder auf das römiſche Recht als ſolches (in dubio pro jure Romano) [2]) noch auf das deutſche Recht als ſolches berufen, ſondern wir werden ſtets aus dem öſterreichiſchen Civilrechte heraus entſcheiden. Das ältere Recht ſoll uns zwar als Erklärungs-, nimmermehr aber als Entſcheidungsquelle dienen. Auf

1) Kierulff a. a. O. S. XXIV. vergl. S. 34, Nt.

2) Dieſe, wie ich glaube, ganz unrichtige Anſicht von der Bedeutung des rö-

dieſe Art allein können wir den Vortheil erreichen, aus dem Geſetzbuche allein, gleich den Schöffen des Mittelalters aus dem kargen Stadtrechte [1]) zu entſcheiden, ohne deßhalb in jene gefährliche Willkür zu verfallen, in die Jener heutzutage geräth, dem die gründliche Theorie fehlt [2]).

Wie aber dieſe Theorie des öſterreichiſchen Civilrechts uns lehrt, das gegenwärtige Recht wiſſenſchaftlich zu erkennen, ſo iſt ſie es auch, welche für die Zukunft vorbereitend arbeitet. Ein Geſetzbuch ſchließt die Rechtsbildung eines Volkes immer nur für die Vergangenheit ab. Man hat zwar bei der Abfaſſung der neuen Geſetzbücher geglaubt, man könne die friſche Bildung des Rechts mitten aus dem reichen Leben des Volks heraus für alle Zukunft bannen, und hat daher das Gewohnheitsrecht gänzlich oder theilweiſe zu beſeitigen geſucht (vergl. §. 10 des öſterr. Geſetzbuches). Allein ſo wenig eine noch ſo vortreffliche Grammatik die Sprache derart in Feſſeln ſchlagen kann, daß ſie nicht den neuen Anforderungen des Lebens ſich fügen, un dmit dieſem ſelbſt in neue Bahnen und neue Verbindungen eintreten ſollte, ſo wenig kann ein noch ſo gelungenes Geſetzbuch die rechterzeugende Thätigkeit einer Nation in Bande legen. Wird auch die Gewohnheit in einem Geſetzbuche nicht als Rechtsquelle anerkannt, und wird ihr daher als ſolcher auch kein obrogatoriſcher und derogatoriſcher, kein ergänzender und erläuternder Einfluß auf das promulgirte Geſetz geſtattet [3]), ſo kann dadurch dennoch die Bildung neuer Rechtsanſchauungen und Gewohnheiten nicht verhindert werden, welche im Verlaufe der Zeit zur Abfaſſung eines neuen Geſetzbuches oder zur Reviſion des beſtehenden führen mögen. „Der kundige Beobachter nimmt daher bei allen Fixirungen und Codificationen des Rechts mit beſonderem Intereſſe wahr, wie in der weitern Entwicklung das Leben ſelbſt doch immer wieder ſtärker iſt, als der geſchriebene Buchſtabe eines ſolchen Codex. Daher werden immer wieder Aenderungen im Einzelnen, Ausnahmen von der Regel nothwendig, bis am Ende die bisherige Regel ſelbſt zur Ausnahme wird,

---

miſchen Rechts für das öſterreichiſche Geſetzbuch hat Schwamet in ſeiner Antrittsvorleſung ausgeſprochen. S. Haimerl's Magazin Bd. IV. S. 1 ff.

1) Rechtliche Bedenken zu dem Entwurfe eines bürgerl. Geſetzbuches für Sachſen. 1853. S. 15.

2) Savigny Beruf. S. 114.

3) Renaud, deutſch. Privatr. I. S. 76 geht jedenfalls zu weit, wenn er behauptet, daß auch da, wo das Geſetz den derogatoriſchen Einfluß der Gewohnheit unterſage, derſelbe dennoch ſtattfinde.

ein späteres Geschlecht also eine neue Regel aufstellen und einen neuen Abschluß mit der Vergangenheit vornehmen muß" [1]). Die natürliche fortbildende Kraft des Volksrechts wird daher, wie Savigny sagt, nicht durch den an sich zufälligen Umstand aufgehoben, daß ein früheres Erzeugniß desselben die Form der Gesetzgebung angenommen hat [2]). Nirgends ist man mehr geeignet, dies anzuerkennen, als im Handelsrecht, aber auch in andern Theilen des bürgerlichen Rechts muß diese Bemerkung für wahr befunden werden. Nun ist aber zu Folge der eigenthümlichen Entwicklung und Gestaltung der modernen Lebensverhältnisse das Gewohnheitsrecht mit dem wissenschaftlichen Recht größtentheils identificirt [3]). Die rechtserzeugende Thätigkeit des Volks hat sich größtentheils in den Juristenstand zurückgezogen und wird von ihm als dessen Repräsentanten geübt. Dieses Element der juristischen Thätigkeit ist es, welches Savigny das politische nennt, und dasselbe ist schon im Mittelalter anerkannt worden, indem neue die Vorschriften des positiven Rechts abändernde Rechtssätze unter dem Titel einer consuetudo generalis, Italiae, totius mundi von den Schriftstellern und Gerichten zur Geltung gebracht wurden [4]). Daher bekommt die Theorie des Civilrechts die hohe Aufgabe, diese rechtserzeugende Thätigkeit zu lenken und zu leiten, das Recht fortzubilden und es zur künftigen Fassung in Form des Gesetzes vorzubereiten. Dieß ist der Beruf der Theorie für die Zukunft. Es gibt Lücken im Gesetzbuch, welche von der wissenschaftlichen Thätigkeit nicht dadurch ausgefüllt werden, daß sie Sätze zu gewinnen sucht, welche sich als Consequenzen aus dem bereits bestehenden Rechte ergeben, oder Folgerungen aus der immer tiefer und gründlicher erkannten Natur und Wesenheit der Sache sind. Die juristische Thätigkeit stellt auch Sätze auf, welche nicht durch wissenschaftliche Operation vermittelt, sondern unmittelbare rechtliche Volksüberzeugungen sind, Sätze, welche sich in dem gemeinsamen Rechtsbewußtsein des Volkes finden. Dort, wo die Bildung und Geltung eines Gewohnheitsrechts anerkannt ist, bildet diese Thätigkeit des Juristenstandes ein Organ des Gewohnheitsrechts. Anders bei uns (§§. 18, 12 des a. b. G. B.) Hier hat diese Thätigkeit lediglich die Bedeutung und die Kraft eines doctrinellen Ausspruchs. Aber man muß sich des wesentlichen Unterschiedes in der Gewinnung

1) Gaupp. a. a. O. S. 98—99.
2) System I. §. 13.
3) Vergl. Savigny im System Bd. I. und im Beruf unserer Zeit.
4) Biener S. 493.

und in der Bedeutung ſolcher Sätze wohl bewußt werden. So ſind die meiſten unſerer Commentatoren z. B. der Anſicht, daß Derjenige, der öffentlich dem Finder ſeiner verlornen Sache eine über den geſetzlichen Finderlohn hinausgehende Prämie verſpricht, dieſelbe dem glücklichen Finder entrichten müſſe, ſo wie daß Derjenige, der auf das beſte Stück u. ſ. w. einen Preis ausſchreibt, denſelben entrichten müſſe u. ſ. w. Man muß ſich aber darüber klar werden, daß dieſe Sätze nicht durch Conſequenz aus dem ſchon beſtehenden Rechte gewonnen werden (vgl. §§. 861, 862 des bürg. Geſetzb.). Dieſe Sätze werden lediglich dadurch gewonnen, daß man die rechtliche Ueberzeugung des Volks von der Verpflichtung des Auslobers, ſeine nicht widerrufene Zuſage zu erfüllen, erforſcht und ausſpricht. Lücken im Geſetzbuch werden ſomit in manchen Fällen von der Theorie dadurch ausgefüllt, daß ſie auf das gemeinſame Rechtsbewußtſein des Volks achtet, und von dieſem gemeinſamen Rechtsbewußtſein des Volks ſind, wie ich glaube, die allgemein natürlichen Rechtsgrundſätze des §. 7 zu verſtehen [1]). — In dieſem Rechtsbewußtſein ſteht nun aber das öſterreichiſche Volk nicht allein: es theilt dieſes Bewußtſein mit den übrigen Völkern, deren Recht auf romaniſch-germaniſcher Grundlage beruht. Die Legislation und insbeſondere die wiſſenſchaftliche Theorie, welche bei dieſen Nachbarvölkern herrſcht, wird daher ſorgfältig zu beachten ſein, um zu erfahren, welchen Ausdruck dieſes Rechtsbewußtſein bei den übrigen Völkern in der Form des Geſetzes gewonnen habe und wie die Theorie in den Nachbarländern die ſich hierbei ergebenden Fragen löſe. Dieß iſt jenes für die Fortbildung des Rechts wichtige Moment, worauf ich bei der Beſprechung der Vortheile und der Wichtigkeit der vergleichenden Jurisprudenz früher hingedeutet habe.

Wie ſchwer es ſei, eine ſolche Theorie zu gewinnen, iſt Niemandem klarer, als mir. Auch bin ich weit entfernt zu glauben, daß ich, der Einzelne, Das richten könne, was nur das Werk Vieler ſein kann. Ich bringe ein ſehr geringes Vertrauen in meine Kräfte, dagegen größere

1) Unter Auslegung interpretatio im weitern Sinne — und in dieſem weitern Sinn iſt das Wort in der Marginalrubrik zu §§. 6—7 genommen — iſt die geſammte wiſſenſchaftliche Entwicklung und Ausbildung des Rechts zu verſtehen. Dieſe begreift in ſich 1) die Auslegung im engeren Sinn d. h. die Erforſchung und Darſtellung des Sinnes, der wirklich im Geſetze liegt (§. 6), 2) die Analogie d. h. die Entſcheidung übergangener Fälle in dem Geiſt des Geſetzbuchs (§. 7, 1. Hälfte), 3) die Aufſtellung von Sätzen, welche keine Conſequenzen aus dem ſchon beſtehenden Rechte ſind, ſondern unmittelbare Volksüberzeugungen, welche der Juriſtenſtand als Repräſentant des Volks in rechtlichen Dingen ausſpricht. (§. 7, 2. Hälfte).

Hoffnung auf meinen ernsten Willen und mein eifriges Bestreben mit. Es ist die Wissenschaft, welche sich selbst Zweck und Ziel ist, die ich vor Augen habe. Alles was darüber hinausgeht, was die Wissenschaft bloß als Mittel zu diesem oder jenem Zweck ansieht, bleibt mir und meinen Vorträgen in jeder Beziehung fern und fremd. Ich habe daher auch die hier besprochene Methode ganz allein aus dem Grunde meinen Vorträgen zu Grunde gelegt, weil ich durch eingehendere Studien zu der rein wissenschaftlichen Ueberzeugung gelangt bin, daß man durch sie allein das Recht, dessen Entstehung und Fortbildung begreife. Vielleicht gelingt es mir, Sie, meine Herren, von der Richtigkeit meiner Ansichten zu überzeugen und Sie für die hier entwickelte Behandlung des österreichischen Civilrechts zu gewinnen, Sie mögen dann gemeinschaftlich ausführen, was ich nur andeuten konnte. Sie mögen dann die mannigfachen Irrthümer und Lücken berichtigen und ausfüllen, welche sich in meine Darstellung unfehlbar einschleichen und in ihr fühlbar machen werden. Ich werde dann meine beste Mühe vom schönsten Erfolg belohnt sehen.

Exam. J. D.
9/2/27

Druck von Friedrich Manz in Wien.

HARVARD LAW SCHOOL LIBRARY

This book is due on or before the date stamped below. Books must be returned to the Circulation Desk from which they were borrowed. **Non-receipt of an overdue notice does not exempt the user from a fine.**

FEB 1 0 2002	